

Ⅲ 登録商標の保護範囲

本日は教材の41ページからです。前回の40ページからの続きからになります。前回の最後では、商標の侵害の場面で形式的判断の例外をみていきまして、出所識別機能を害さない場合は、形式的に使用に該当しても侵害とはしないということで、最初に真正品の転々流通のお話をしました。

真正品の転々流通の場合のさらに例外ということで、①改変が加えられていた場合、②詰め替えが行われていた場合があります。

本日は41ページですので、③です。その残りになります。

③として、「真正商品に関して、新たに商標を使用して広告を出すなどの積極的な行為は商標権侵害となるのだという理解がある」、と書いてありますが、理解があるという書き方ですから、③の結論は、最終的には商標権侵害とはしないということです。

③の場合というのは、例えばスーパーの広告です。皆さんは毎日新聞を取っておられるかと思いますが、そこにマックスバリュのカラーのチラシがあったとして、マックスバリュがチラシに、焼きそば弁当が本日は安いよ、89円だよという広告を出すときに、「マルちゃん焼きそば弁当」という広告を出すことについて、形式的に考えていくと、マックスバリュが「マルちゃん」や「焼きそば弁当」という商標を使用しているということになります。

例えば、2条3項8号と書いてありますが、これはおそらく商標について宣伝広告してはならないという条文ではないでしょうか。商品もしくは役務に関する広告をする行為は、商標の使用に該当するそうなので、先の例ですと、マックスバリュが「マルちゃん」や「焼きそば弁当」という商標を使用しているではないかということになります。そうだとすると、極端に言えば、使用に該当して侵害だろうということです。さすがにそれは通常感覚からしておかしいということは、皆さんもお分かりいただけると思います。

それはどうしてかといいますと、この場合も出所識別機能を害していないわけです。つまり、マックスバリュのチラシに「マルちゃん焼きそば弁当」と書いてあるときに、マックスバリュが焼きそば弁当という商品を出したと思う人は誰もいないわけです。マックスバリュはスーパーですから、スーパーで売っている製品だと思います。ですから皆さんがこの広告を見たとき、出所は正しく焼きそば弁当はマルちゃんの商品であることがわかり、マックスバリュが出所識別の意味で使っていないことは分かるわけです。

そうだとすると、侵害と言う必要はまったくありません。なぜなら皆さんや我々のような消費者が混同を生じるはずがないからです。実際に混同が生じるかどうか、あるいはある人が勘違いしたかとか、そのようなことを問題にしているのではないです。普通に考えて、出所が混同するはずがないというような対応で使われていれば、商標権侵害と言う必要はありません。

つまり、商標権あるいは商標法というのは、「マルちゃん」や「焼きそば弁当」というような言葉を保護しているわけではないのです。形式的には言葉を保護するのですが、形式的にその言葉を保護することで、その商標に蓄積する信用を保護するということです。出所識別機能を保護するということは、最終的に信用を保護することにつながっていきます。ゆえに、出所の混同が生じるはずがない場面まで保護をする必要はないということになります。

もっとも、広告のチラシの中で真正商品とは無関係な個所まで商標を使用するであるとか、販売の看板に大きく商標を掲げるような行為をする場合は、混同や勘違いを生じる可能性がないわけではありません。これは極めて例外中の例外です。

例えば、最近ですと携帯電話を安く売っているお店——キャリアアウトがあると思いますが、仲間由紀

恵さんの au のチラシを壁いっぱい張っているようなお店で、結構小さいお店があると思います。それを見て皆さんが、ここは au の直販店だと、au がじかに経営しているお店だと勘違いする可能性がないわけではありません。

実際には au と全く関係がなく、ドコモの携帯やソフトバンクの携帯も取り扱っているけれども、お店の人が仲間由紀恵のファンで au の広告を張ると、勘違いする人が出てこないとも限りません。

そのような場合は保護をする必要があるのかもしれませんが、その場合は不正競争防止法 2 条 1 項 1 号の方で柔軟にやるべきではないかというのが、ここでの結論になっております。

この例ですと、仲間由紀恵の写真が商標登録されているわけではありません。仲間由紀恵さんに付着している au のキャラクター、宣伝広告媒体というイメージにフリー・ライドをしています。このように広告のチラシに真正品とは無関係な個所にまで商標を使用する行為や、販売店の看板に大きく商標を掲げるような行為は、実際には商品や役務との関係で使用していると言えない場合の方が多いため、そのようなときは具体的に混同していれば保護するという、不正競争防止法 2 条 1 項 1 号を使った方がよろしいのではないかというのがここでの結論です。

一貫して商標権の保護は、比較的形式的な保護です。不正競争防止法 2 条 1 項 1 号に比べると、少し強めに保護をしてあげます。実際の混同は要さないですとか、請求権者の方が商標の使用を要求されないといった点です。2 条 1 項 1 号の方は、具体的な混同や、周知を求めるので、権利行使のためには商標法よりも厳しいものが要求されますが、具体的に柔軟な解決を求めることが可能です。ですから 2 条 1 項 1 号の方が必ずしも保護の範囲が狭くなるというわけでもなくて、広くなる場合もあり得ます。

もう少し言うと、商標の方は固定的であるのに対し、2 条 1 項 1 号の方は柔軟という方が正確かもしれません。実際にこのスーパーの広告に、マルちゃん焼きそば弁当の商標を無許諾で使うことについては、商標権侵害になる可能性もあるという学説は、かなり古い学説ですが、ないわけではなかったのです。今ではもうほぼ淘汰された学説だと言って構わないと思います。

どうしてそのような対立があるのか。現在でもいろいろな場面で、商標法に関する解釈が対立することがあります。その理由は、論者の発想の違いです。大きく分けると、1 つは財産権的機能重視型です。つまりこれは、商標権の財産的価値を重視する考え方です。財産的価値というのは、ここでは商標それ自体の価値とお考えください。マークやロゴやキャッチコピーなど、それ自体の価値とお考えください。

他方、もう一つの発想は、出所識別機能貫徹型です。こちらは商標の機能の中でも、特に出所識別機能——自他商品識別機能のみに商標の存在意義を特化、純化させる考えです。出所識別機能以外に商標という価値を認めません。この教材、あるいは田村先生の教科書は、一貫して出所識別機能貫徹型で書かれています。ですから、財産権的機能重視型は批判の対象として書かれているわけです。

財産権的機能重視型というのは、どちらかというと特許法型アプローチだと言われています。特許については純粋財産権だと言われています。出所識別機能貫徹型というのは、不正競争防止法的アプローチです。財産権的機能重視型、特許アプローチは、特に権利者と競業者の関係を重視する考えです。他方、出所識別機能貫徹型は、場合によっては一般消費者になりますが、需要者に与える影響を重視する考えです。

ですから出所識別機能貫徹型は、不正競争防止法 2 条 1 項 1 号を権利化したという考えを取ります。権利化、物権化して移転を可能とするというアプローチです。

先週、商標の付された商品については、真正品である限り、転々流通は自由だということを教材 39 ペ

ージのパーカーの万年筆の例でお話をしたいと思います。

財産権的機能重視型の人、もちろん結論として転々流通は問題ないというのですが、その理由を何に求めるかといいますと、それは1度商標権者に権利行使のチャンスがあったはずだということです。それは権利者が最初に真正品を売る段階ですが、そこで商標権に関するライセンス料を価格に上乗せして販売したから、1度その商標権の対価はもうすでに受け取っているんで、もう2度目以降は要らないでしょう。ゆえに転々流通を自由にしましょうという考えです。

他方、出所識別機能貫徹型は、商標権者が1度権利行使が可能だったということは考慮しません。つまり需要者との関係を重視しますので、需要者の目線から見て、真正品を識別できていれば、すなわち、その商標を見れば、確かにパーカーが作ったもので、大丸が売っているものではないと認識するのであれば、それ以上保護する必要はないという考えを取ります。

ここは学者の間でも、自分がどちらの説だとはっきり認識して議論をしている人がそう多くはありませんので、非常に難しく、かつ概論的なところです。

財産権的権利重視型の方は、権利者と被疑侵害者(競業者)の間の関係を重視するということになります。出所識別機能貫徹型というのは、需要者の目線から見てきちんと出所が識別できているかということを考えます。

非常に大まかに言えば、前者が権利者を重視する考えになります。後者は、需要者が混同しない範囲で権利者の利益を保護するにすぎないため、非常に相対的なものになります。非常に難しかった39ページから41ページにかけての①、②、③をそのような観点で眺め直していただけると、少し分かってくるかと思います。

財産権的権利重視型という考えが、知財に全く当てはまらないということではなく、特許や著作権は前者に該当します。不正競争防止法は後者です。商標はどちらに近いのかというところで議論があり、田村先生の教科書では後者だということです。

ですから学説の中でも、この手の争いというのは結論が出るたぐいのものでないもので、延々と争われていくのだらうと思います。特に商標に関しては、この2つの考え方のどちらなのかということが、例えば裁判例や評釈に書いてあることでも変わってくる場合があります。このような対立といいますか、違いがあるのだということを少しでも理解していただければと思います。

41ページの下の方に、それではどう考えるかということで、結局、出所識別機能貫徹型の方が正しいというになっています。その例として挙げているのは、著名な車、例えばロールスロイスという超高級車を利用した広告です。清潔なイメージや、ハイソなイメージがある超高級車に、小西真奈美さんが腰掛けて、ビールをおいしそうに飲む。そのコマーシャルが缶ビールの宣伝だとしますと、フェラーリやロールスロイスというブランドイメージは、確かにそのCMに影響を与えていると言うことができそうです。清潔なイメージと、高級そうなイメージを見ている人が持つわけです。

そうだとすると、そのビールの宣伝は、その高級車のブランドイメージにフリー・ライドをしていることになるわけです。ロールスロイスあるいはフェラーリに対して、そのビール会社がライセンスフィーを払ったということは考えにくいです。

ですが、この例は、おそらく商標法の使用の規定のどこを見ても使用に該当しないので、商標権侵害とすることはできません。フェラーリの車の横に「ぐびなま」などのビールのステッカーを張って、いかにもビールを買ったらフェラーリをもらえるという宣伝をしているわけではないですね。たまたま小西真奈美がフ

エラーリから降りてきて、ボンネットに腰掛けてビールを飲むという宣伝です。

降りてきてビールを飲むということなので、例えば、商品または商品の包装に標章を付する行為でもありませんし、商品もしくは役務に関する広告をする行為でもありません。広告しているのはビールですから、商標権侵害には問えそうもありません。

ですから商標権侵害は否定されますが、すなわち、法はイメージにフリー・ライドするだけでは商標権侵害とはしないのですから、出所識別機能貫徹型により商標法を解釈していくべきだろうということです。

さて、本日は 42 ページに参りましょう。ここまでは権利行使、侵害になる場面のお話をしていましたが、本日の 42 ページ、43 ページ、44 ページには、権利行使制限事由と書いてあります。これは被疑侵害者側の抗弁ですから、ここに書いてある要件が満たされると、商標権侵害は否定されるということになります。

最初に「周知著名表示に対する権利行使の制限」ということで、①周知表示の先使用の抗弁、32 条 1 項が出ております。これは登録主義の補完的な制度だと言うこともできます。32 条 1 項には、登録商標の出願前から需要者の間に広く認識されている商標の使用を継続する行為は、登録商標権の侵害とはならない、ただし不正の目的でないことを要求すると書いてあります。また、商標権者は混同防止表示を付することを請求することができると書いてあります。

つまり、被疑侵害者側の方は、商標権者から訴えを提起されたというときに、あなたが商標権を取って商標登録出願をする前から、需要者の間に私の商標は広く認識されている、という場合は、被疑侵害者側はその商標を継続して使用することができます。すなわち商標権侵害ではないということです。

これは先使用の抗弁と一般的に言われます。先使用の抗弁というのは、継続的使用権であり、被疑侵害者の継続的な使用が許されるという内容です。

ですから、先使用の抗弁を持っている人も、他人の使用を排斥することはできません。自らが継続的に使用することが許されるというだけの話です。しかしこの抗弁がなければ、自分の商品名、屋号の場合を変更しなくてはならないことになります。

商品名、ブランドネームの変更や屋号の変更というのは、今まで使っていた屋号などに蓄積していた信用が、いったん全てリセットされてしまうことになりますので、非常に失うものが大きいのです。今まで蓄積した信用がすべてなくなり、また一からやり直しということになります。先使用の抗弁が通用する場合は、その信用をそのまま維持ができるということです。抗弁が立つかどうかということはかなり重要になります。

これについてはすでにお話をしましたダイワコーヒーの事件があります(広島地福山支判昭和 57.9.30 判タ 499 号 211 頁[DCC])。復習をしておいた方がいいと申し上げた例です。これは 4 条 1 項 10 号の例です。どのような話だったかといいますと、広島県下で 30%程度と取引がある DCC がたくさん存在し、島根や山口には少しだけ存在しました。DCC、すなわちダイワコーヒーです。

他方、当時日本で喫茶店に入っているコーヒーメーカーとしては一番大きい上島、UCC が、商標を取りたいということで「DCC」を特許庁に出願をしてきました。

ダイワとしては、これは取られては困るということで、4 条 1 項 10 号に基づき無効審判を申し立てたのです。4 条 1 項 10 号というのは、出願時において他人の表示として広く認識されている商標については登録が認められないというものであり、もし DCC が上島の出願時点において需要者の間で広く認識されており、周知になっている商標であれば商標権が取れませんという条文です。

しかし、この無効審判は残念ながら成り立ちませんでした。広島県程度の範囲では、4条1項10号に言う周知とは言えない、もう少し広くないとだめですということです。おそらく中国地方一円程度が必要なのでしょう。そのようなことで、この商標出願は無効ではないとされ、上島は、DCC という商標を取ることができたというお話でした。

つまり、ここで4条1項10号に言う、「需要者の間で広く認識されている」というのは、1県単位では足りず、数件単位である必要があるということです。出席表の中には、広島市は政令指定都市ですが、それでもだめなのですかという質問がありましたが、昭和50年代の事件なので、広島市もおそらく50万人程度しかいなかったのでしょう。

最近できた政令指定都市というのは、合併を繰り返している政令指定都市です。宮城県の面積の4分の1は仙台市ですから、周囲を集めて政令指定都市になっています。広島も似たような感じです。もう島根県の寸前まで広島市ですから。それはともかく、昭和50年代の広島地方だと、広島県下30%ぐらいでは足りないというのが当時の判断でした。

そうだとすると、上島のDCCという商標権は無効ではなく、現時点では有効だということなので、問題は上島からDCC、ダイワに対して、今まで使っていたDCCは自分が商標を取ったのだからもう使ってはいけない、とすることができるかどうかというのが、本日の問題です。

結論から言いますと、これは先使用の抗弁が立つので、DCCは救われるという結論になります。それが「需要者の間に広く認識されている商標の意味」に関する裁判例として教材に挙げられている「もう一つのDCC事件」のテーマです。

これは、上島珈琲側が登録されている商標権に基づき、ダイワコーヒーに対しDCCマークの使用差止めを請求したという事件です。

当然DCCの方は先使用の抗弁を出しました。自分のDCCは、あなたの出願前から需要者の間に広く認識されているから、継続的に使用できる、という抗弁を出したのです。結論としては、裁判所は、「広く認識されている」とは、4条1項10号と同じように、数県程度まで知られていないとならないとして、ダイワの先使用の抗弁を認めませんでした。結局、上島珈琲側の権利濫用だということで、原告の請求は棄却されました。

理屈はどのようになっているかといいますと、まず4条1項10号の場面、つまり上島が登録できるかどうかという場面では、「需要者の間に広く認識されている」と言うには、地域的に足りないというのが、最初のDCC事件でした。ですから、上島側のDCCという商標は、現時点では有効だということです。ただ、それは上島の商標登録が認められるかどうかという場面のお話です。今のお話は、ダイワのDCCという商標は、もう使用をやめなくてははいけないのかという場面です。

商標というのは、商標権を取ってなくても使用することはできます。ですから上島は、仮にこの4条1項10号に該当するということで、商標が取れないということになっても、使用を禁止されるわけではないのです。商標権を持ってなくても、他人の禁止権が掛からない限りでは、商標を使用するのは自由です。

ですので、商標を取れるかどうかは、商標が使えるかどうかとはまた別の話になります。逆に言うと、商標というのは本来使われることに意味があるものなので、いざとなれば商標権を取れなくても使ってしまう方がいいわけです。使ってしまうと、保護は蓄積されていきます。

他方、今もう1つDCC事件で問題になっているのは、現に使用しているダイワがDCCの商標の使用をやめなくてははいけないのかどうかという場面ですので、今まで蓄積してきた信用を無にするのかどうかとい

うことが、問われています。ダイワの方が、また新しい商標を選定して、信用の蓄積を一からやり直すことになるのかどうかということです。

どう考えるかということですが、ダイワは確かに中国地方一円とは言いませんが、広島県下では 30%のシェアを持っているので、それなりに有名だと言うことができます。少なくとも広島県、あるいは広島市一円では、十分知られている表示だと言うことができそうです。

せっかく DCC が蓄積した信用があり、あるいは消費者からすると、DCC を見ればダイワコーヒーだと今まで識別していたわけです。それが、今ここでやめるということになり、さらに上島が入ってきたということになると、今まで DCC を見ればダイワだと思っていたのに、上島もあるらしい、どちらなのだということになるわけです。

そうだとすると、DCC が今まで蓄積してきた信用は、ダイワの財産でもあります。もちろん需要者にとっても、意味があることだったわけです。

他方、この先使用の抗弁というのは、ダイワが継続的に使用するということを認めるだけですので、上島が DCC を使ってはいけないということにはなりません。最初に言いましたように、この先使用の抗弁というのは継続的使用権ですので、他人を排除するようなたぐいのものではありません。したがって、先使用の抗弁が認められると、ダイワも、上島も使えるということになります。

4 条 1 項 10 号は適用されない、すなわち、需要者の間に広く認識されているとは言えないというダイワの DCC ですが、先使用の抗弁の場面では、需要者の間に広く認識されていると解釈して構わないというのが、ここでの結論になります。ですから、「需要者の間に広く認識されている」という文言については、4 条 1 項 10 号の方が、32 条 1 項より広いということになります。

まとめますと、DCC の立場からみると、他人の商標登録を妨げるためにはかなりの広さの認識を要求されるが、自分が今まで継続して使用しており、かつ今後も継続して使用していくためには、すなわち他人の商標権の侵害にはならないというためには、1 県単位あるいは 1 市場単位、広島市くらいであれば 1 市程度の認識で足りることになります。

4 条 1 項 10 号と 32 条 1 項が同じ広さであり、4 条 1 項 10 号と同じ程度に知られていなければ継続的使用ができないということになれば、この争いは決定的な争いになります。上島の登録が認められることは、すなわちダイワはもう使えなくなるということを意味しますので、食うか食われるかの争いになるわけです。

仮に 32 条 1 項の周知性と 4 条 1 項 10 号の周知性が同じ範囲だということになると、上島が 4 条 1 項 10 号をクリアすることは、ダイワが 32 条 1 項の抗弁を出せないということを意味していますので、32 条 1 項の存在価値は、過誤登録の救済規定、すなわち 4 条 1 項 10 号の周知性の判断を特許庁、あるいは裁判所が誤った場合の救済規定にすぎないということになりますが、そうではないということです。4 条 1 項 10 号と 32 条 1 項は、両方とも両立する場合があるということです。4 条 1 項 10 号の「需要者の間に広く認識されている」というには足りないけれども、32 条 1 項の「広く認識されている」というには足りていることがあるということです。

4 条 1 項 10 号が問題になる場面と、32 条が問題になる場面というのを分けて理解することが大切です。4 条 1 項 10 号は、商標が登録できるかどうかという場面です。出願する方からしてみれば、それなりに広い範囲で知られているものだけを 4 条 1 項 10 号の対象にしてくれないと、調査が大変です。全国統一ブランドでブランド展開をしていこうという場合に、狭い範囲でも 4 条 1 項 10 号に該当すると言われてしま

と、逐一日本中の商標を調査し、知られている商標以外のものを探さなければいけないのです。

なお、調査が失敗し、仮に4条1項10号に該当してしまったとしても、自らの使用ができなくなるわけではありません。全国統一ブランドで排他的に使用ができなくなるというだけで、排他的でない状態での競争的な使用はできることになります。それが4条1項10号の場面です。

他方、32条1項の場面は、継続的使用が認められるかどうかという場面ですので、これが認められないとすると、今まで蓄積してきた信用を捨て、新しい商標を選んで、また一からやり直ししなければいけませんので、非常に厳しいことを突き付けられています。

そのときに、かなり広い範囲の周知性を要求してしまうと、使用をやめるという業者が増えることになります。過度の広さを要求すると、それだけ今まで蓄積した信用を捨てさせる場面が増えるということです。

繰り返し言っているように、信用の蓄積というのは、業者の方だけではなくて需要者の方にも意味がありますので、惜しいです。ゆえに、32条1項の継続的使用の場面では、非常に狭くても1市程度であればいいという解釈がよろしいのではないかというのが、ここでの結論になっています。

さらに、不正競争防止法2条1項1号との関係については、32条1項はおおよそ2条1項1号と同じぐらいだろうと言われています。周知性の関係は、4条1項10号が広いのに対し、32条と不正競争防止法2条1項1号は同じくらいで、かなり狭いということになります。物にもよりますが、1市程度、あるいは半径1キロ2キロでよいでしょう。たとえばラーメン屋であれば、ラーメンを食べに行こうという程度の半径の範囲で広く認識されていれば足りるということになります。この違いは効果によるもので、場面の違いにより、分けて考える必要があるということになります。

ここまでダイワと上島のDCCの争いをまとめます。1回戦は、上島が商標登録を狙ったところ、ダイワの方は4条1項10号を出してきましたが、上島の商標登録が認められました。

もう1つのDCC事件というのが、第2回戦でありました。上島は商標登録を取ったので、商標権の禁止権に基づき侵害を主張したところ、ダイワの方は32条1項の先使用の抗弁を主張しました。これが第2回戦です。

1回戦、2回戦と言うからには、決勝戦があるわけです。3回戦目は何かあり得るかといいますと、ダイワの方はやられっ放しではつまらない。何かやり返してやりたい。そこに不正競争防止法2条1項1号があるんじゃないかということで、2条1項の請求権を出そうということが考えられます。

つまり、ダイワは広島県下でしか周知を認められていないので、上島が東京や九州でやっている部分は手が出せないのですが、上島がこのダイワの本丸である広島に入ってきたらどうするかというのが問題になるわけです。広島に入ってきた場合に、ダイワの方としては、2条1項1号がありますので、復讐戦を挑めないかというのがここでの問題設定になります。

取りあえず32条の抗弁を認められましたので、少なくとも広島県下で周知であるということは間違いありません。

仮にここで、このダイワ側の2条1項1号の請求が認められるとどうなるかといいますと、上島がせっかく取った登録商標DCCを広島以外でしか使用できないということになります。商標というのは基本的には全国統一ブランドですので、広島県では使えないが、ほかでは全部使えるということになります。

ここで問われていることは、これをいいと考えるかどうかです。DCCが広島にしかないければ、広島では使えないが、ほかでは使えるということになります。でも、そうとは限りません。例えば広島のダイワコーヒーとは関係ないけれども、北海道あたりにも別のDCCがいるとすると、ここは使えないということになります。

別のところにも、第 3、第 4 の DCC がいるかもしれません。

このように考えていくと、虫食い状態になるわけです。登録商標権は全国統一ブランドを展開できる権利だと言われながらも、商標法とは別の不正競争防止法 2 条 1 項 1 号の請求が成立することになると、その範囲は使えないということです。これをいいと考えるかどうかの問題です。

実は現行法ではよく分からないところがあります。どうしてかといいますと、1992 年までの旧法である、昔の不正競争防止法(旧不競法)では、旧不正競争防止法 6 条の抗弁というのがありまして、商標権の行使に該当する行為は不正競争とはしない、という条文があったのです。ですから、昔の不正競争防止法では虫食い状態は生じなかったのです。

つまり、ここで考えている DCC の使用というのは、商標権の行使です。商標権の行使は不正競争行為とはしないということなので、要するに昔は、現行法 2 条 1 項 1 号(旧法 1 条 1 項 1 号)の請求は成り立たないという明確な規定があったのです。

ですので、旧法でしたら、残念ながらこのダイワの復讐戦は負けというのが明らかだったのです。ところが、新しい法律ができたときに、旧 6 条の抗弁は削除されました。その削除の意味をどう考えるかということです。議論している人は少ないですが、田村先生の『知的財産法』では、旧 6 条の抗弁はまだ残っているとしています。もちろん旧 6 条はもうなくなってしまったので、登録商標使用の抗弁と書いてあります。教材にもそう書いてあると思います。

これはどうしてかという、理由としては 2 つあります。1 つは、この虫食い状態はおかしいだろうということです。不正競争防止法とは別に商標法を立てた理由が、全国統一ブランドで展開したいという人の利益を保護するためだということであれば、この虫食い状態は、結果的には、全国の商標権を取ったにもかかわらず全国統一展開ができていないということです。これはおかしいことであり、商標を取るインセンティブが減退するということになります。

そもそも全国統一ブランドで展開できないというために、4 条 1 項 10 号の程度にほかの人の表示が知られていなければならないということであれば、それより狭い範囲で知られている場合は、全国統一ブランド展開をできると考えるべきだというのが 1 つあります。

もう 1 つの理由は、32 条の 2 項の存在です。32 条 1 項が先使用の抗弁ですが、32 条 2 項は、商標権者は先使用者に混同防止表示を付すことを請求することができる、とする混同防止表示請求の条文です。ゆえに、32 条の先使用の抗弁が立って、継続的に使用できるとしても、継続的に使用する方、ここで言うダイワの方は、私は上島が使っている DCC とは違うものです、同じものではありません、という表示を付さなければいけないという条文があるのです。

この条文の意味は何かというと、この広島県では上島の DCC とダイワの DCC が両方使われることを前提としているのではないかということです。つまり、32 条の抗弁を持っている人は、すなわち 2 条 1 項 1 号の請求を出せて、登録商標権者の使用を妨げることができるというのであれば、この虫食い状態になるわけです。

虫食い状態というのは、お互いの領域が重ならないということを意味しています。でも、重ならなければ、混同防止表示を付する必要はないのです。混同防止表示を付する理由は、領域が重なり、出所が異なる 2 つの表示が並立するから混同するのです。

32 条 2 項に、混同防止表示を付しなさいと書いてあるということは、すなわち、付さなければ混同が生じ

るはずだということを前提にしています。そうだとすると、付さなければいけない場合というのは、出所が違う2つの表示がある場合ですね。ということは、32条2項というのは、虫食い状態はあり得ない、すなわち、広島県では2つのDCCが並存することになるということを前提していると読むわけです。

ですから結論としては、32条の抗弁を有することにより、ダイワが継続的に使用することができるからといって、不正競争防止法2条1項1号に基づき上島の登録商標の使用を排斥できるかという、それは上島側に登録商標使用の抗弁、すなわち登録商標を使っている限りは不正競争防止法には掛からないという抗弁を出され、その結果、上島の使用を妨げることはできないということになります。

この3回戦目は仮想事例です。実際にダイワの事件があったわけではありません。最終的には、上島珈琲は全国でDCCを使用することができます。ダイワは、広島県でDCCを使用することができます。広島県下では、上島のDCCとダイワのDCCが並存することになります。

付言すると、ではダイワが広島県外に拡大できるかという、それはできません。ダイワの先使用が認められたのは、あくまで広島県です。先使用の抗弁というのは、継続使用を認めてもらう権利ですので、領域を広げることは原則としてできません。今行っていることを継続するだけです。ですから、ダイワが外へ広がろうとする場合は、上島に商標権侵害と言われてしまうというのが、ダイワと上島の争いの最終的な結論になります。

教材43ページでは、銀星(シルバースターズ)という例を用いて、商標権者ではない方の目線からまとめをしております。北大のすぐ近くに銀星という名前の大衆食堂があり、1.1キロ四方範囲で周知だった場合を考えてみましょう。

仮に全国的にチェーン展開をする東京のシルバースターズというレストランが北海道に進出しようとしたときに、札幌駅周辺で支店を構えることもできなくてよいでしょうか。これを肯定すると、全国的に統一商標で営業を営むために、ごくさいな地域に関しても出所表示があるかないかということを調査しなくてはなりません。全国统一されたブランド展開が難しくなるということになりますので、全国的に統一ブランドで営業を展開しようとする意欲の減退、さらには虫食い穴状態を招来するので、商標権を取得したとすれば店舗を出せることにしようということが、教材に書いてあります。

北大付近1キロ四方ということは、札幌駅周辺もちろん入りますので、商標権を取っていなければそこでは営業をできないことになりますが、商標権を取れば営業することができることになります。

東京の方のシルバースターズというチェーンレストランからしてみれば、北大のすぐ近くで、しかも1キロ四方くらいしか周知でない大衆食堂があるということを突き止めるのは、ほぼ不可能です。そのようなお店は仙台や青森にもいくらでもありそうです。小さいお店の名前をすべて回避しながら統一ブランドを選ばなくてはなりません。

しかし、本当にそのようなことを要求してしまうと、全国で統一ブランドの展開などということは無理だということになってしまいます。それでは信用蓄積のインセンティブに欠けることになりますので、商標権さえ取ってしまえば不正競争防止法の請求には掛からない、つまり、商標権さえ取ってしまえば、全国统一ブランドで原則として展開できるように商標権を機能させるべきだということが、ここに書いてあることです。

4条1項10号程度に知られている表示があれば、その表示については商標を取れませんが、逆に言えば、取れてしまえば、そのあとは使えるようにしようということです。取れない場合は使えないということです。取れない場合というのは4条1項10号程度に広く設定しておけば、すなわち、数県単位、あるいは東京であれば東京1つくらいでいいと思いますが、その程度の範囲で有名であれば、統一ブランドを

選ぶときに調べる方も分かるだろうということになります。

46 ページにいきます。裁判例では、最近の裁判例があつて、抽象論として登録商標使用の抗弁を認める裁判例が存在しています。まだ下級審で 1 つあっただけですが、この旧 6 条の抗弁というのは、現在でも残っていそうだと言うことができます。

旧 6 条の抗弁はもう存在しないと言う人もいます。私も昔、ある人の講演に行つて、質問したのですが、その弁護士さんは、もう存在しないと明確に答えていました。全国で虫食い状態が生じるということについても、仕方がないと答えていましたので、学説上は争いがあるといえます。

以上が、4 条 1 項 10 号と 32 条 1 項と不正競争防止法 2 条 1 項 1 号の関係になります。

次に、教材 44 ページの 2)と 3)のお話をいたします。26 条のお話になります。

26 条も抗弁です。26 条の柱書きのところに、商標権の効力は次に掲げる商標には及ばないと書いてありますので、26 条に該当する対応で商標を使っている場合は非侵害ということになります。

まず、1 号に書いてあるのが、自己の氏名、肖像、雅号、芸名、等です。これらを普通に用いられる方法で表示する場合は、商標権侵害には問われないということです。4 条 1 項 8 号で、他人の肖像とか氏名に該当する商標は商標権を取れないという条文がありました。それとよく似ている条文です。趣旨もそれほど変わりません。

他人の氏名や肖像については、商標権を取ることもできないし、それを使っている分には非侵害であり、商標権侵害を問われることはないということになります。趣旨はどれも同じです。例えば、会社名に関しては製造元を指し示すことが明らかであれば、出所表示機能を害することはないだろうということになります。

普通に用いられる方法である必要があるので、特徴のある字体や、大書きした場合は、本項には該当しないということになります。山形屋の事件は、該当しないとされた例です(東京地判昭和 57.6.16 無体集 14 卷 2 号 418 頁[山形屋海苔店])。草書といいますか、筆で書いたような書体だったため、普通に用いられる方法ではないから本項には該当しない、とされたようです。

26 条 1 項 1 号と 4 条 1 項 8 号の関係が問題となりえます。そもそも 4 条 1 項 8 号で商標権を取れないとしているのであれば、もともとこのような商標権というのはあり得ないので、26 条の 1 号に該当する場合はないのではないかと、あるとすれば、4 条 1 項 8 号違反を特許庁が見逃していたために審査のミスで過誤登録された例だとも考え得るのです。

26 条については、過誤登録の救済規定であると言う人もいます。もちろんそのような機能があります。26 条の 2 項や 3 号は普通名称、4 号は慣用商標で、5 号は普通形状です。そもそも普通名称や自己の氏名というのは、商標登録されないと今までお話をしてきましたので、商標権の効力が及ばない範囲としてわざわざ規定する必要はなく、もしあるとすれば、過誤登録の救済規定だと考えることができます。

誤って他人の氏名について商標登録がされてしまったという場合に、その他人が自分の氏名が使えないのはかわいそうだからという趣旨で説明する教科書がありますが、それは間違っていないません。間違っていないけれども、それだけではありません。

例えば 4 条 1 項 8 号は、他人であるので、自分の氏名を登録することはできるわけです。巨人軍終身名誉監督の長嶋茂雄氏が長嶋茂雄という商標登録をすることはできますし、実際にしています。

ですが、同姓同名の長嶋茂雄さんは困ります。同姓同名の長嶋茂雄さんがこれを使えないとすると、人格権を行使することができません。自分の名前を名乗ると、終身名誉監督から、商標権侵害を問われるこ

とに問題はないでしょうか。

ですから、26条1項1号というのは、例えば同姓同名の場合や、あるいは架空の氏名であっても、例えば、出願したときに高知東急は架空の氏名で、同姓同名の人はどこにもいなかったのですが、後から生まれて高知東急という名前を本名として付けるかもしれませんので、そのような場合は困りますね。

これらは4条1項8号に該当しないけれども、26号1項1号に該当する場合としてあり得ます。2号、3号、4号についても同じです。ですから、これは過誤登録の救済規定ではあるのだけれども、それだけではありません。

26条1項1号の会社の名前の方については、4条1項8号でお話したことと同じです。ソニー株式会社について、ソニーを名称と解するのか、略称と解するのかの問題です。

普通に考えれば、これも名称だと考えそうですが、4条1項8号のところでお話した通り、これは略称と考えて著名性を要求するという点は、26条1項1号の場合も4条1項8号と同じです。

つまり、株式会社の登記というのは形式的審査で、実質的な審査はありません。簡単に言えば、誰でも自由に登録することができます。同じ住所で同じ名前でなければ、誰でも紙1枚で登録をすることができます。

ですから、ソニー株式会社のうちのソニーの部分名称だと言ってしまうと、著名性がありませんので、26条1項1号の規定が悪用されるわけです。つまり、例えば、DCCという登録商標がされているが、DCCを使いたいと考えたときに、では、DCC株式会社で登記しようとする、登記はほとんど審査がスルーなので、登記されてしまいます。

ここにおいて、26条1項1号について、これを名称だと解釈すると、DCCは会社の名称であり、登記簿にも示されているとすると、会社の名称としてDCCを普通に使っている分には非侵害ということになり、商標登録、商標権侵害が簡単にすり抜けられてしまいます。

ですので、4条1項8号と同じように、DCCあるいはソニーというのは略称だと考えて、基本的にはフルネームで書いてくださいということになります。略称の場合は著名でなければならないということです。

その他についても同じです。2号から4号は、普通名や慣用表示、あるいは産地ですので、例えば、北海道、品質、おいしい、原材料、牛乳といったようなものを普通に使う分には非侵害ですということが書いてあります。これも普通名称ですので、本来は登録されないものですが、誤って登録された場合の過誤登録の救済規定にプラスしてほかの機能もあります。

教材の例では、みつ豆を指定商品とする「ネリキリン」が登録された場合をあげています。みつ豆について「ネリキリン」は普通名称ではありませんから、普通名称は登録しないという規定に引っ掛かからず、過誤登録ではないということになります。

練り切りは、京都で有名なお菓子らしいです。和菓子の練り切りに「練り切り」と使用することは許されるということです。

普通名称というのは、実は、類似の範囲は調査しません。登録商標に類似する商標は調査しますが、登録商標が類似している商標が普通名称かどうかというのは、審査しないのです。ですから、みつ豆を指定商品とする「ネリキリン」という商標が出願された場合に、練り切りというお菓子があって、「ネリキリン」の類似の範囲に練り切りが引っ掛かるから登録しないという判断はしません。

ゆえに、登録商標の類似の範囲にほかの商品名の普通名称が引っ掛かってしまうということもあり得ます。その場合は、普通名称が使えないとすると取引ができなくなりますので、非侵害にしていよというのが、

26 条 1 項の 2 号から 4 号、あるいは 5 号まで含めての条文の機能になります。

他の例として、もう少し分かりやすいのは、後発的に普通名称になった場合です。ヘッドホンステレオについて、「ウォークマン」は普通名称ではないと現在では言われていますし、事実そうです。ですから、ヘッドホンステレオを指定商品とする「ウォークマン」という商標出願は、現在では登録されます。もちろん、ソニーが使っているので、ソニーでなければなりません

ですが後の事情により、ソニーが普通名称化の防止を怠り、ヘッドホンステレオについてウォークマンという名称が後に普通名称になってしまった場合、さかのぼって無効にする規定が、実は商標法にはありません。ですので、商標権の範囲を制限する形で普通名称の使用を確保しているという条文になります。26 条は難しい条文ですね。